

WYROK

z dnia 20 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Łubowie** oraz **T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje odtajnić i udostępnić złożone przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny.
2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części ½ i odwołującego w części ½ i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 6 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: BADER-DROG sp. z o. o., sp. k., z siedzibą w Łubowie oraz "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B., Dalachów 354, 46-325 Rudniki (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającym Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu” (dalej „Postępowanie”):

1. art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako „u.z.n.k.” w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 p.z.p. poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz (dalej jako „PBD”), mimo że zastrzeżone przez niego informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem:
 - a) wykonawca PBD nie sprostął wykazaniu, że w jego przedsiębiorstwie utrzymywana jest tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż jedynym dowodem, jaki wykonawca PBD złożył wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia był wzór „Zobowiązania Pracownika do zachowania Tajemnicy Zawodowej i Poufności”. Dokument ten jest niewystarczający do wykazania, że wykonawca istotnie podjął starania do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji (co potwierdza również orzecznictwo Izby, zob. np. wyrok KIO z 31.03.2022 r., KIO 700/22, LEX nr 3344950) – w szczególności z uwagi na fakt, że taki wzór oświadczenia ma charakter blankietowy i jako taki może być uznany jedynie za deklarację Przystępującego (mającą zresztą walor jedynie hipotetyczny w zakresie jej stosowania), a zatem nie stanowi dowodu, by wykonawca podjął realne działania w celu dochowania poufności;
 - b) wykonawca PBD nie sprostął wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji – nie przedstawiając żadnych dowodów w tym zakresie, podczas gdy pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 p.z.p., rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

- przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie, gdy tymczasem brak jest jakichkolwiek dowodów w tym zakresie;
- c) wykonawca PBD nie przedstawił nawet, aby przekazywane przez niego informacje miały jakąkolwiek wartość gospodarczą, a obowiązkiem jego było wykazanie tej przesłanki.
2. art. 16 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 u.z.n.k. poprzez brak odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji, gdy Wykonawca PBD zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa – nie tylko nie wykazał spełnienia jej przesłanek – ale nawet nie wskazał konkretnych informacji, które to miałyby ją stanowić (wskazując ogólnie „informacje zawarte w treści niniejszej odpowiedzi, jak i w załącznikach”), gdy tymczasem utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa lub wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 18 ust. 3 p.z.p. Ponadto, takie zaniechanie ze strony Zamawiającego w konsekwencji narusza zasadę proporcjonalności – stanowiącej gwarancję prawidłowego przygotowania i przebiegu postępowania, co powinno przejawiać się w odpowiednim przeprowadzeniu tego postępowania, w tym poszczególnych czynnościach podejmowanych przez zamawiającego, w sposób pozwalający na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 p.z.p., poprzez wybór oferty Wykonawcy PBD podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, wobec braku obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, a co w szczególności wynika z faktu, iż Zamawiający wprost wskazał, że oczekuje, by wykonawca wykazał „oferowane przez siebie ceny w ramach zadeklarowanych w ofercie cen jednostkowych”, wymieniając poszczególne pozycje, a dalej wskazując: „również poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji wyszczególnionych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego i załączenie dowodów na potwierdzenie tych wyliczeń” – gdy tymczasem sam wykonawca PBD (który to przyznaje wprost, że „nie można precyzyjnie skalkulować kosztów robocizny i sprzętu dla poszczególnych pozycji kosztorysowych, a dalej „również kosztu materiałów nie można dokładnie określić” – przez co:
- a) złożone wyjaśnienia są lakoniczne i w żaden sposób nie potwierdzają rynkowości przyjętych cen i kosztów (nadto, a priori uniemożliwiają dokonanie oceny oferty wobec treści wyjaśnień – niezależnie nawet od ich treści – gdyż Wykonawca z góry wskazuje, że nie może dokładnie określić wskazanych cen, a zatem mają one

spekulatywny, hipotetyczny charakter; co prowadzi do wniosku, iż nie zostały skalkulowane w sposób szczegółowy i na potrzeby danego zamówienia (wbrew przepisom ustawy p.z.p. i wymaganiom samego Zamawiającego);

- b) złożone wyjaśnienia nie odpowiadają nawet treści wezwania kierowanego przez Zamawiającego (wyjaśnienia powinny być sporządzone dokładnie i precyzyjnie, a co więcej Zamawiający wprost żądał precyzyjnej kalkulacji – tymczasem Wykonawca wprost przyznał, że jego oferta i wyjaśnienia nie zostały precyzyjnie skalkulowane);
- c) takie sformułowanie rodzi wątpliwości pod kątem tego, czy wykonawca zakłada wykonanie (i czy będzie w stanie wykonać) przedmiot zamówienia przy podanych cenach jednostkowych; w konsekwencji czego wykonawca nie obalił domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę - a wręcz przeciwnie, gdyż potwierdził brak rzetelności swojej oferty, co z góry uniemożliwia analizę złożonych przez niego wyjaśnień – zatem doszło do nieuzasadnionego zaniechania przez Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz istotnych części składowych ceny.

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 p.z.p., poprzez wybór oferty PBD podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w szczególności wynika z przedstawienia wyjaśnień o charakterze prezentujących jedynie hipotetyczne, niepewne założenia kosztowe (a co de facto potwierdza Wykonawca PBD), a co wynika z:

- a) założonego przez samego Wykonawcę PBD braku możliwości ustalenia przez niego poszczególnych kosztów, cen oraz ilości i założeń (w tym w zakresie poszczególnych kosztów materiałów, sprzętu, robocizny, kosztów pośrednich czy też innych kosztów),
- b) opierania się na zapewnieniu wykonawcy PBD o rzekomym doświadczeniu - co w żaden sposób nie dowodzi o prawidłowości złożonych wyjaśnień, a dalej nie obala domniemania rażąco niskiej ceny,
- c) powoływania się na rzekome „preferencyjne warunki” przez Wykonawcę PBD, jednak bez ukazania ich „wpływu” na realizację niniejszego zamówienia. Podobnie powoływanie się przez Wykonawcę PBD na posiadany sprzęt (przy czym samo wymienienie bez dowodów również nie jest wystarczające), nie ukazuje, w kontekście całokształtu wyjaśnień, jak miałyby to oddziaływać na niniejsze zamówienie – gdy tymczasem cena powinna być realna i jednocześnie szczegółowo wykazana w wyjaśnieniach, a co więcej sam Zamawiający wprost wskazał: „wzywamy do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych i wykazanie w szczególności: 1. w oparciu o dokumenty oraz obliczenia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować, (...)”, co

wyklucza możliwość sporządzenia wyjaśnień w sposób ogólnikowy, a mianowicie bez wskazania wpływu tego „doświadczenia”, preferencyjnych warunków czy posiadanego sprzętu na realizację danego zamówienia;

- d) braku przedstawienia przez Wykonawcę PBD wiarygodnych dowodów w zakresie wyliczenia ceny (a która to konieczność wynika nie tylko z przepisów i orzecznictwa, ale wskazał na nią wprost sam zamawiający w treści wezwania, przyjmując na „przedstawienie szczegółowej kalkulacji wyszczególnionych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego i załączenie dowodów”),
- e) argumentacji Wykonawcy PBD, który tłumaczy brak dokładności ceny jednostkowej czynnikami, które to mógłby mieć znaczenie przy cenie całkowitej, tj. brak precyzyjnego skalkulowania kosztów tłumaczy „brakiem jednoznacznie określonych zakresów robót”) – w sytuacji gdy wykonawca ten powinien określić ceny względem przedmiotu zamówienia. Argumentacja samego Wykonawcy PBD wskazuje zatem wprost, że zakładane ceny mają charakter wyabstrahowany, nie związany z przedmiotem zamówienia.

5. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. w zw. z art. 16 ust. 1 p.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy PBD pomimo niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia, w szczególności określonymi treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia odnoszącymi się do sposobu kalkulacji ceny, co wynika z faktu, że Wykonawca PBD sam potwierdza brak dokładności swoich kalkulacji i rzekomy brak możliwości skalkulowania kosztów, a co świadczy o tym, że cena za jednostkę wykonawcy nie obejmuje wszystkich składników kosztów i innych czynności opisanych w SST - gdy tymczasem z warunków zamówienia wprost wynika konieczność dokładnego, precyzyjnego skalkulowania poszczególnych cen, w szczególności: cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (z SWZ cz. IV), a Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy (17.2, SWZ cz. I), nadto Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie podane tam i opisane pozycje (17.3, SWZ cz. I), jak również, że cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia (17.5, SWZ cz. I). Tym samym, oferta pozostaje niezgodna z projektowanymi postanowieniami umownymi (w tym § 4 ust. 2, 5, 6 PPU). Nie do zaakceptowania jest bowiem sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania lub zakłada jej zmienność w zależności od warunków, a co powinno prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy PBD – a brak takiego odrzucenia stanowi o naruszeniu Zamawiającego.

Przy czym wyraźnie wskazuje się, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy p.z.p., w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. – co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

6. art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PBD pomimo, że oferta Wykonawcy PBD została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a co wynika w szczególności z tego, że:

- a) Wykonawca PBD – jako profesjonalista obowiązany do należytego działania – złożył wyjaśnienia wskazując na niedookreśloność zakładanych cen, przyjmując wartości dla poszczególnych pozycji, z pominięciem realności ponoszonych kosztów (na co sam wskazał w treści wyjaśnień, składając je „w miarę możliwości”), a co stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami; przy czym jednocześnie takie działanie w sposób oczywisty prowadzi do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu system zamówień publicznych, a także narusza interes innych wykonawców (konkurentów) oraz zamawiającego (zagrożając wykonaniu przedmiotu zamówienia publicznego);
- b) Wykonawca PBD nie uwzględnił również wymogu, aby każda cena jednostkowa obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce ilości rozliczenia w TER-ach, co wynika z samej treści wyjaśnień, w której to wprost wskazał, iż nie skalkulował precyzyjnie kosztów, a co świadczy nie tylko o niezgodności z warunkami zamówienia odnoszącym się do wymogu uwzględniania w kosztorysie ofertowym wszystkich podanych tam i opisanych pozycji, ale również o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca zakłada dostosowywanie cen do zmieniających się warunków, a co za tym idzie stosowanie swoistej praktyki inżynierii cenowej, a w konsekwencji czego złożenie oferty PBD stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji (a co stanowi niezależną od wskazanej w pkt a powyżej podstawę odrzucenia oferty PBD jako złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach i załącznikach złożonych przez Wykonawcę PBD na wezwanie do udzielenia wyjaśnień, a

następnie udostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji; odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę PBD z uwagi rażąco niską cenę, niezgodność z warunkami zamówienia, jak również złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (co stanowi niezależne od siebie podstawy); powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT i spisu kosztów przedstawionych na rozprawie, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a-b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów p.z.p. interes Odwołującego doznał uszczerbku. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami p.z.p., prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz ul. Noskowska 3-5, 62 – 800 Kalisz, w tym również odtajnił wyjaśnienia - wówczas doszedłby do jednoznacznej konstatacji, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz nieprawidłowa pod względem wyceny poszczególnych, istotnych części składowych ceny, a ceny w ofercie są rażąco niskie. Gdyby więc Zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji tej oferty Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz ul. Noskowska 3-5, 62 – 800 Kalisz – wówczas oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Tym samym w ocenie Odwołującego legitymuje się on interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca całorocznym kompleksowym (letnie i zimowe) utrzymaniu dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu o długości 139,6 km. Usługa obejmuje wykonywanie prac całorocznego, w tym zimowego i bieżącego utrzymania dróg, w szczególności: utrzymania nawierzchni dróg, utrzymania poboczy i pasów rozdzielu, utrzymania korpusu drogi, utrzymania odwodnienia, utrzymania chodników i ścieżek rowerowych, utrzymania oznakowania, utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu, utrzymania estetyki znaków, elementów bezpieczeństwa ruchu oraz pasa drogowego, utrzymania urządzeń wspomagających, zimowego utrzymania dróg, zarządzania Kontraktem, utrzymania czystości na obiektach inżynierskich. prace pomocnicze Zakres i sposób wykonywania usługi określono w dokumentach: istotnych warunkach umowy

- opis przedmiotu zamówienia (OPZ), specyfikacjach technicznych (SST). Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania przedmiotu Umowy w okresie od dnia 01.04.2023 roku do dnia 01.06.2026 roku. Jeżeli umowa zostanie podpisana po dniu 01.04.2023 roku to będzie ona obowiązywać od dnia zawarcia Umowy do dnia 01.06.2026 roku przy czym, maksymalny łączny okres obowiązywania Umowy, wraz z prawem opcji, o którym mowa w § 1 ust. 8 umowy, nie może przekroczyć 48 miesięcy.

Odwołujący wskazał, że za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz ul. Noskowska 3-5, 62 – 800 Kalisz (z ceną brutto: 59.176.230,43 zł - zakres podstawowy). Przedmiotowa informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została sporządzona w dniu 22 lutego 2023 r. Na drugim miejscu w zestawieniu złożonych ofert uplasowała się oferta Odwołującego, natomiast trzecia w kolejności była oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski.

Odwołujący wskazał, że przed dokonaniem wyboru oferty – pismem z dnia 24 listopada 2022 r. – Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz o złożenie wyjaśnień: wzywamy do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych i wykazanie w szczególności: 1. w oparciu o dokumenty oraz obliczenia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować, uwzględniając wymagania opisu przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami, oraz projektowanych postanowień umowy, a także specyfikacji technicznych, wyszczególnione poniżej pozycje kosztorysu ofertowego w ramach zadeklarowanych w Ofercie cen jednostkowych; 2. zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 3. zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W treści wezwania wskazano na poszczególne pozycje grupy: 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 12. Jednocześnie Zamawiający wskazał: Powyższe należy wykazać również poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji wyszczególnionych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego i załączenie dowodów na potwierdzenie tych wyliczeń.

Odwołujący wskazał, że wykonawca PBD pismem z dnia 9 grudnia 2022 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in., że:

(...) nie można precyzyjnie skalkulować kosztów robocizny i sprzętu dla poszczególnych pozycji kosztorysowych. Dla części ujętych zamówieniem pozycji kosztorysowych, również kosztu materiałów nie można dokładnie określić.

Ponadto wykonawca dokonał zastrzeżenia tajemnicy, wskazując, iż „informacje zawarte w treści niniejszej odpowiedzi, jak i w załącznikach, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Wykonawca powołał się tutaj na ogólne informacje, wskazując na treść art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykonawca wskazał, że zastrzegane informacje – w opinii Wykonawcy PBD – wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla PBD S.A. Kalisz wartość gospodarczą. Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia podał, że informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na oferowaną cenę. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez PBD S.A. Kalisz szkody. Dalej, Wykonawca PBD wskazał, że podjął niezbędne działania w celu dochowania poufności, przedstawiając jedynie jeden załącznik w postaci blankietowego wzoru „Zobowiązania Pracownika do zachowania Tajemnicy Zawodowej i Poufności”.

Zamawiający nie odtajnił złożonych przez Wykonawcę PBD wyjaśnień, tak co do całości, jak i ich poszczególnych części.

I. Zarzuty w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień PBD

W ocenie Odwołującego w przedłożonym przez Wykonawcę PBD uzasadnieniu zastrzeżenia nie wykazano, iż przekazywane informacje spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności:

- 1) Wykonawca PBD nie przedstawił dowodu na okoliczność tego, że informacje nie są powszechnie znane;
- 2) Wykonawca PBD nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność podjęcia faktycznych, realnych działań zmierzających do zachowania tajemnicy;
- 3) Wykonawca PBD nie wykazał tam w jakikolwiek sposób, że informacje te posiadają określoną wartość gospodarczą.

1. Brak wykazania spełnienia przesłanek „tajemnicy przedsiębiorstwa”

Odwołujący wskazał, że jedną z podstawowych zasad, jakimi musi kierować się zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia, jest jawność postępowania. Zasada ta

gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie innych fundamentalnych zasad obowiązujących w toku jego prowadzenia, tj. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyjątkiem od tej zasady jest skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak któregokolwiek z tych elementów powoduje brak możliwości objęcia danej informacji w postępowaniu ochroną właściwą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z treści art. 18 ust. 3 p.z.p. wynika, że do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędnym jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, tj. wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa z w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., tj.:

- (1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- (2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- (3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Wskazuje się, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnie tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Obowiązkiem zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skuteczność tego zastrzeżenia ocenia zamawiający (A. Matusiak, Tajemnica przedsiębiorstwa. Nadużycia wykonawców i (nie)skuteczność ochrony, Zam.Pub.Dor. 2021, nr 12, s. 47-51), który to w przedmiotowym postępowaniu z nieuzasadnionych przyczyn zaniechał odtajnieniu wyjaśnień Wykonawcy PBD – pomimo, że prima facie widoczne jest, że Wykonawca PBD nie sprostął obowiązkowi wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, w niniejszym stanie faktycznym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez PBD w wyjaśnieniach z dnia 9 grudnia 2022 r.

ma charakter lakoniczny, a wykonawca PBD w żaden sposób nie wykazał spełnienia przesłanek. Wykonawca PBD zdawkowo odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie określając jej w żaden sposób – co samo w sobie świadczy już o braku wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, wykonawca PBD nie wykazał podejmowania działań w celu utrzymania jej w poufności, przedkładając jedynie blankietowy „wzór”, a co nie stanowi dowodu w zakresie ww. przesłanek.

Po pierwsze, Wykonawca PBD nie wykazał w niniejszym przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających uznanie zastrzeżonych dokumentów i informacji (zastrzeżonych w piśmie z dnia 9 grudnia 2022 r.) za takie, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym przede wszystkim Wykonawca PBD nie udźwignął ciężaru wykazania wartości gospodarczej w odniesieniu do zastrzeganych informacji. Nie stanowi wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 u.z.n.k. – tak to czyni wykonawca PBD. Obowiązkiem wykonawcy PBD było wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej, wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy składanych wyjaśnień. W treści uzasadnienia, poza ogólnymi stwierdzeniami o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, know-how wykonawcy – w istocie PBD żadnej wartości gospodarczej nie wykazało w zakresie utajnionych dokumentów.

Uzasadnienie Wykonawcy PBD jest lakoniczne, ogranicza się do ogólnych twierdzeń dotyczące rzekomej wartości gospodarczej – której to w żaden sposób nie wykazuje. Wykonawca jedynie w uzasadnieniu wskazuje, że: „dotyczą rozwiązania przygotowanego dla potrzeb konkretnego zamówienia lub też stanowią informacje poufne podlegające każdorazowemu zastrzeżeniu ich jawności w sytuacji udostępniania jakiegokolwiek podmiotowi trzeciemu”. Wykonawca PBD jedynie zdawkowo odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie podejmując jednak jakiegokolwiek próby jej określenia. Wykonawca PBD również nie wskazał nawet na skutki, jakie może pociągać za sobą ujawnienie zastrzeżonych informacji. W orzecznictwie wskazuje się natomiast brak wykazania wartości gospodarczej w zakresie konkretnych obliczeń stanowi podstawę dla uzasadnienia odtajnienia dokumentów wykonawcy (...) Wykonawca, który nie jest w stanie określić, jaką wartość ma dla niego informacja, nie wykazał spełnienia przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok KIO z 11.07.2022 r., KIO 1630/22, LEX nr 3457951).

Bez znaczenia jest również stwierdzenie Wykonawcy PBD, że „Ujawnienie informacji o tych czynnikach, osłabi pozycję PBD S.A. Kalisz względem podmiotów konkurencyjnych”. Potwierdza to orzecznictwo. Przykładowo, w wyroku KIO z 17.01.2022 r., KIO 3762/21, LEX nr 3327251: stwierdzenie, iż ujawnienie wyjaśnień spowoduje zniweczenie strategii

wykonawcy wypracowanej na potrzeby realizacji inwestycji publicznych w rzeczywistości nic nie wnosi do sprawy.”

Wykonawca PBD powołuje się jedynie na ogólne stwierdzenia, że ujawnienie informacji narazi go na szkodę. Wykonawca w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia wskazał, iż stosuje metody ograniczające dostęp do informacji objętych treścią zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentu, natomiast nie przedstawił w tym zakresie jakiegokolwiek dowodu, który potwierdzałby skuteczność dokonanego zastrzeżenia (nie stanowi go z pewnością „wzór Zobowiązania Pracownika do zachowania Tajemnicy Zawodowej i Poufności” – o czym szczegółowo na s. 12).

Pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p., rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie (wyrok KIO z 26.04.2021 r., KIO 902/21, LEX nr 3175948). Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 pzp (aktualnie art. 18 ust. 3 p.z.p.).

W ocenie Odwołującego, skoro – jak powyżej wskazano – Wykonawca PBD nie był w stanie wykazać nawet wartości gospodarczej informacji zawartych w składanych wyjaśnieniach dotyczących ceny, Zamawiający winien podjąć decyzję o odtajnieniu i ujawnieniu ich w całości wraz z załączonymi dowodami.

Po drugie, w ocenie Odwołującego, Wykonawca PBD nie wykazał również, by podjął starania do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Przepis art. 18 ust. 3 p.z.p. wymaga, aby wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W świetle tego obowiązku wykonawcy niewystarczające jest samo opisanie czynności jakie rzekomo podejmuje w celu ochrony informacji, konieczne jest jeszcze potwierdzenie tych deklaracji. Samo powoływanie się na klauzulę poufności bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie,

że hasłowe podanie ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji sposobu kalkulacji ceny wykonawcy.

Wykonawca PBD ograniczył się w tym zakresie do stwierdzenia, że informacje nie były wcześniej ujawniane i przedstawia jeden „dowód”, tj. wzór „Zobowiązania Pracownika do zachowania Tajemnicy Zawodowej i Poufności”. Odnosząc się do przedstawionego „dowodu” przez Wykonawcę PBD wskazać trzeba, że taki wzór oświadczenia (w istocie nie jest to nawet dokument – a jedynie wzór bez podpisu) nie stanowi o wykazaniu przedmiotowej przesłanki zachowania informacji w poufności. W wyroku KIO z 31.03.2022 r., KIO 700/22, LEX nr 3344950, wskazano: próba wykazania zaistnienia żadnej z przesłanek warunkujących możliwość zastrzeżenia informacji nie została udowodniona – jedynym dowodem, jaki złożył wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia Przystępujący był wzór oświadczenia o zobowiązaniu do zachowania tajemnicy służbowej. Dokument ten Izba uznała za niewystarczający do wykazania, że Przystępujący istotnie podjął starania do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Izba zwróciła uwagę, że złożony jako dowód wzór oświadczenia ma charakter blankietowy i jako taki może być uznany jedynie za deklarację Przystępującego. Wykonawca powinien przedstawić dowody na rzeczywiste zachowywanie poufności w stosunku do informacji zastrzeżonych w danym postępowaniu. Oświadczenia i deklaracje samego wykonawcy nie mogą być zaś uznane za wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. (zob. wyroki KIO wydane: 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 542/17; 10.10.2017 r., sygn. akt KIO 2028/17).

Odwołujący wskazał, że przepis art. 18 ust. 3 p.z.p. wymaga, aby wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – w tym, podjęcia działań celem zachowania poufności. W świetle tego obowiązku wykonawcy niewystarczające jest samo opisanie czynności jakie rzekomo podejmuje w celu ochrony informacji - konieczne jest jeszcze potwierdzenie tych deklaracji. Tymczasem Wykonawca PBD w żaden sposób nie potwierdza wykazania spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym podjęcia działań w celu utrzymania jej w poufności – prezentując gołosłowne uzasadnienie i nie przedstawiając w istocie dowodów. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 07.04.2022 r., sygn. akt KIO 764/22.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca PBD, zastrzegając klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa informacje przekazywane Zamawiającemu, zobowiązany był wykazać spełnienie przesłanek ustawowych wobec każdej z nich – a brak ich wykazania którejkolwiek winien skutkować obowiązkiem odtajnienia tych z informacji. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia

tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet wtedy, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty. Podkreślenia wymaga również, że nie jest zadaniem zarówno Izby jak i Zamawiającego poszukiwanie okoliczności, które mogłyby uzasadniać zastrzeżenie informacji, gdyż to wykonawca ma te okoliczności Zamawiającemu wykazać. I tak, mając również na względzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 125/21; wyrok z dnia 26 marca 2021 r.; sygn. akt KIO 320/21), Zamawiający winien zdecydować o odmówieniu ochrony zastrzeżonym informacjom w całości. Ze wspomnianych orzeczeń wynika bowiem, że nawet jeśli hipotetycznie zastrzeżone informacje spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. (czemu Odwołujący stanowczo przeczy), ale nie dojdzie do ich wykazania (w przedstawionym powyżej znaczeniu), obowiązkiem Zamawiającego jest ujawnienie tych informacji.

2. Zakres informacji objętych przez wykonawcę PBD zastrzeżeniem

Ponadto, Odwołujący wskazał, że wykonawca PBD nie tylko nie dopełnił obowiązku wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa – co winno skutkować odtajnieniem – ale również przedmiotowym zastrzeżeniem objął w istocie niezasadnie en bloc wszystkie informacje (i załączniki) zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Odwołując wskazał, że nie jest możliwe zastrzeżenie całości wyjaśnień. Nie jest też wiadomym o jakie informacje miałyby chodzić, czy też o jakie załączniki – bowiem wykonawca na nie wskazuje. Wykonawca PBD w żaden sposób nie określił jakie to informacje mają podlegać zastrzeżeniu, a jakie nie – co świadczy o wadliwości samego zastrzeżenia. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 8 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1229/15.

W ocenie Odwołującego, za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości (w tym przypadku dotyczy to zarówno samych wyjaśnień jak i ewentualnych załączników) – z pominięciem nawet konkretnego wyszczególnienia zastrzeganych informacji. Nie sposób jest znaleźć w wyjaśnieniach jakiegokolwiek wskazania, które to informacje mają stanowić tajemnicę. Wskazano jedynie, że wykonawca PBD zastrzega informacje zwarte „w treści niniejszej odpowiedzi, jak i w załącznikach. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.07.2021 r. sygn. akt 2018/21, 2048/21: Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” oraz „Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień w sytuacji, gdy Wykonawca nie wykazuje w żaden sposób przesłanek „tajemnicy przedsiębiorstwa” – w szczególności (jak ma to miejsce w niniejszej sprawie w przypadku powoływanej przez wykonawcę) wartości gospodarczej oraz podjęcia działań w celu dochowania poufności. Nie sposób jest godzi się na uznawanie za prawidłowe takie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż de facto prowadzi do nieuprawnionego uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ocenie zasadności zastrzeżenia tych informacji, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie art. 18 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a dalej zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji art. 16 pkt 1-3 p.z.p.

II. Złożone przez Wykonawcę PBD wyjaśnienia a rażąco niska cena

1. Ocena złożonych wyjaśnień (wskazanie na brak szczegółowości, wezwanie a odpowiedź)

Odwołujący wskazał, że Wykonawca PBD podaje, że nie może dokładnie określić wskazanych cen – a co z góry świadczy już o tym, że wyjaśnienia są niekompletne i nierzetelne, a zatem nie mogą stanowić nawet podstawy do obalenia domniemania niskiej ceny. Niezrozumiałe jest przyjęcie, by zaoferowana przez PBD cena miała być realna i zapewniać realizację zamówienia - w sytuacji, gdy sam Wykonawca na wstępie powołuje się na jej niedookreśloność. Pismem z dnia 24 listopada 2022 r. – Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz o złożenie wyjaśnień o następującej treści:

(...) wzywamy do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych i wykazanie w szczególności: 1. w oparciu o dokumenty oraz obliczenia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować,

uwzględniając wymagania opisu przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami, oraz projektowanych postanowień umowy, a także specyfikacji technicznych, wyszczególnione poniżej pozycje kosztorysu ofertowego w ramach zadeklarowanych w Ofercie cen jednostkowych; 2. zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 3. zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W treści wezwania wskazano na poszczególne pozycje grupy: 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 12 – potwierdzając tym samym istotność tych części. Dalej Zamawiający podał:

Powyższe należy wykazać również poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji wyszczególnionych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego i załączenie dowodów na potwierdzenie tych wyliczeń.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca PBD wskazał:

(...) nie można precyzyjnie skalkulować kosztów robocizny i sprzętu dla poszczególnych pozycji kosztorysowych. Dla części ujętych zamówieniem pozycji kosztorysowych, również kosztu materiałów nie można dokładnie określić.

W ocenie Odwołującego, w treści wyjaśnień Wykonawca PBD wprost wskazuje, że jego ceny w ofercie są nieprecyzyjnie skalkulowane – co a priori uniemożliwia dokonanie oceny oferty wobec treści wyjaśnień. W sytuacji, gdy Wykonawca na wstępie wskazuje na niedookreśloność kalkulacji (wbrew przepisom ustawy p.z.p. i wymaganiom samego Zamawiającego – sformułowanego wprost w treści wezwania), to nawet niezależnie od dalszej treści tych wyjaśnień – Zamawiający nie może ich przyjąć za wiarygodne (a tym samym nie mogą nawet obalić domniemania rażąco niskiej ceny).

Odwołujący wskazał, że w kontekście badania rażąco niskiej ceny Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień (por. wyrok KIO z 16.02.2018 r., KIO 167/18, LEX nr 2476255). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymaga odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez

PBD wyjaśnień, Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – tj. że Wykonawca PBD obalił skutecznie domniemanie rażąco niskiej ceny?

Wyraźnie podkreśla się, że to Zamawiający nie powinien (...) poszukiwać informacji poza treścią oferty. Deklaracja wykonawcy powinna być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości Zamawiającego (zob. wyrok KIO z 16.05.2022 r., KIO 1115/22, LEX nr 3399641). Tymczasem Wykonawca PBD wprost wskazuje, że „nie można precyzyjnie skalkulować kosztów” – co nie tylko winno budzić wątpliwości co do prawidłowości oferty, ale stanowi oświadczenie Wykonawcy PBD, że oferta jest skalkulowana nieprecyzyjnie, ceny w niej określone mają charakter zmienny, zależny od zmieniających się warunków, a zatem nawet z tej przyczyny nie może obalać domniemania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny lub kosztu, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena lub koszt nie zostały ustalone na rażąco niskim poziomie. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne (tak: KIO w wyroku z dnia 5 kwietnia 2022 r., KIO 769/22).

W ocenie Odwołującego, przekładając powyższe na stan niniejszej sprawy można zadać pytanie, na jakiej podstawie Zamawiający przyjął składane wyjaśnienia za „kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne” – gdy sam Wykonawca apriorycznie wskazuje w wyjaśnieniach, że nie skalkulował on precyzyjnie kosztów. Ponadto wskazać należy, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadają nawet treści wezwania kierowanego przez Zamawiającego. Wyjaśnienia powinny być sporządzone dokładnie i precyzyjnie, a co więcej Zamawiający żądał precyzyjnej kalkulacji – tymczasem Wykonawca wprost przyznał, że jego oferta i wyjaśnienia nie zostały precyzyjnie skalkulowane.

Przyjmuje się, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o udzielone wyjaśnienia ocena czy zaoferowana cena jest rażąco niska, w sposób nierozłączny związana powinna być z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, to treść wezwania co do zasady determinuje bowiem treść udzielonych wyjaśnień. Zamawiający poddając analizie wiarygodność, rzetelność i kompletność wyjaśnień powinien sprawdzić czy referują one do zagadnień, których wyjaśnienia

Zamawiający żądał od wykonawcy w treści wezwania oraz czy odpowiadają swoją szczegółowością wymaganiom w tym wezwaniu wskazanym (wyrok KIO z 13.07.2021 r., KIO 1679/21, LEX nr 3260809). Tymczasem w niniejszej sprawie Wykonawca PBD na wstępie sam wskazał, że jego wyjaśnienia nie są dokładne, a tym samym nie zostały one sporządzone w sposób szczegółowy – a czego wymagał Zamawiający. Podkreśla się, że wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie Zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień. Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmocnić prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy (zob. wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1166/12). Podobnie w późniejszym orzecznictwie: Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle nie udzielił odpowiedzi oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i nieoparte dowodami, jest taka sama – a zatem winna skutkować odrzuceniem oferty (wyrok KIO z 27.06.2022 r., KIO 1530/22, LEX nr 3365195).

Niezależnie nawet od samego stwierdzenia Wykonawcy PBD (co samo w sobie przesądza o braku możliwości uznania wyjaśnień za dokładne i precyzyjne przez Zamawiającego), Odwołujący wskazał, że również ze względu na samą treść wyjaśnień i braki dowodowe – nie mogą one zostać uznane za odpowiadające wezwaniu (o czym dalej w pkt II ppkt 2).

W ocenie Odwołującego złożone przez Wykonawcę PBD wyjaśnienia w żaden sposób nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, w szczególności z uwagi na brak udowodnienia wiarygodności swojej ceny. Wykonawca PBD – pomimo obowiązku wynikającego nie tylko z ustawy, ale nawet z samego wezwania – nie przedstawił precyzyjnie kosztów dla poszczególnych pozycji kosztorysowych (a które składają się poszczególne ceny jednostkowe. Nadto Wykonawca PBD sam przyznał, że jego oferta nie została szczegółowo skalkulowana – co a priori uniemożliwia dokonanie przez Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień w przełożeniu na ofertę. Wreszcie, skoro Zamawiający wprost wskazał na konieczność „szczegółowej kalkulacji”, a Wykonawca na wstępie wskazuje, że nie mógł on „precyzyjnie skalkulować kosztów” – to sam wskazuje, że nie zaniechał on obowiązku

wskazanemu w wezwaniu. Niejako przewrotnie treść wyjaśnień PBD nie tylko nie usuwa wątpliwości, ale wręcz rodzi kolejne - także pod kątem tego, czy wykonawca w ogóle zakłada wykonanie (i czy będzie w stanie wykonać) przedmiot zamówienia przy podanych cenach jednostkowych.

2. Charakter złożonych wyjaśnień (hipotetyczne koszty, ukazanie wpływu „potencjału” wykonawcy, kwestie dowodowe)

Odwołujący podkreślił, że oferta Wykonawcy PBD winna podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego, gdyż nie obalił on domniemania rażąco niskiej ceny, a co wynika również z faktu, że przedstawione wyjaśnienia opierają się na bliżej nieokreślonych, choć powołanych przez samego wykonawcę PBD zmiennych. W szczególności z uwagi na brak precyzji i dokładności, nie sposób przyjąć, by wyjaśnienia miały być rzetelne - w nadanym przez samego Wykonawcę PBD mają one charakter wymijający. Pozostawiony w ten sposób „margines” przez samego wykonawcę PBD prowadzi do wniosku, że sama oferta została złożona w oparciu o abstrakcyjne, nieprzystające do przedmiotu zamówienia założenia. Także wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny zostać poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze – co nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Po pierwsze, Odwołujący zwrócił uwagę na powoływanie się przez Wykonawcę PBD na rzekome „preferencyjne warunki”, jednak bez wyjaśnienia ich wpływu na realizację niniejszego zamówienia – gdy tymczasem cena powinna być realna i jednocześnie szczegółowo wykazana w wyjaśnieniach. Jak wskazuje się w orzecznictwie (np. wyrok KIO z 27.06.2022 r., KIO 1530/22, LEX nr 3365195), w przeciwnym wypadku wyjaśnienia mają charakter jedynie iluzoryczny i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co uzasadnia obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca PBD wskazuje na rzekome preferencyjne warunki - nie precyzując jednak o jakie konkretne czynniki miałyby tutaj chodzić. Dalej, Wykonawca wymienia posiadany sprzęt (przy czym samo wymienienie bez dowodów również nie jest wystarczające) – jednak w żaden sposób nie ukazuje, jak miałyby to oddziaływać na niniejsze zamówienia. Tymczasem w orzecznictwie wyraźnie wskazuje się, że informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności (zob. np. wyrok KIO z 14.02.2022 r., KIO 220/22, LEX nr 3362673).

W nawiązaniu do powyższego, Odwołujący wskazał, że koncentrowanie wyjaśnień na gołosłownym zachwalaniu doświadczenia firmy i kadry nie jest wystarczające. Zastosowana beletrystyka oparta o doświadczenie wykonawcy czy też posiadanie taniej kadry nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Nadto, udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu.

Po drugie, Odwołujący wskazał na brak dokładności w treści wyjaśnień co do poszczególnych kosztów, cen i założeń (w szczególności w zakresie poszczególnych kosztów materiałów, sprzętu, robocizny, kosztów pośrednich czy też innych kosztów), co świadczy o braku precyzji w formułowaniu wyjaśnień i w żaden sposób nie dowodzi o prawidłowości oferty, a dalej nie obala domniemania rażąco niskiej ceny. Wykonawca PBD winien zdawać sobie sprawę z faktu, że Zamawiający kierując wezwaniem do wyjaśnienia i podania podstaw wyliczonej ceny, przerzucił na niego – niezależnie od jego przekonania, obowiązek wykazania, że cała cena została skalkulowana w sposób prawidłowy, co winno wynikać z wyjaśnień oraz ze złożonych dowodów i szczegółowych obliczeń (na co wskazywał również Zamawiający). Tymczasem, w ocenie Odwołującego, już chociażby ze wstępu wyjaśnień Wykonawcy PBD (w tym również jego zastrzeżeń co do braku precyzji), wynika, że wyjaśnienia są zbyt ogólne i nie korespondują w konkretny sposób z treścią wezwania, czy też nie zawierają wyliczeń, które mogłyby przekonać Zamawiającego o prawidłowym skalkulowaniu ceny oferty.

Odwołujący podkreślił, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w aspekcie podejrzenia występowania w złożonej przez niego ofercie rażąco niskiej ceny wywołuje doniosłe i daleko idące konsekwencje po stronie wykonawcy, który do złożenia takich wyjaśnień został wezwany. Przepis art. 224 ust. 5 p.z.p. nakłada bowiem na wezwanego wykonawcę obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z 2.02.2018 r., KIO 115/18, LEX nr 2476189) wezwanie do wyjaśnień ceny rażąco niskiej ustanawia domniemanie takiej ceny i to wykonawca wezwany musi obalić to domniemanie. W przeciwnym razie oferta podlega odrzuceniu.

Formułuje się generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i

adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

(zob. np. wyrok KIO z 8.09.2015 r., KIO 1848/15, LEX nr 1929113).

W ocenie Odwołującego w świetle przepisów p.z.p. i ugruntowanego orzecznictwa, w razie przedłożenia przez wykonawcę ogólnikowych czy też nieprecyzyjnych wyjaśnień, niepopartych dowodami, w należy uznać, iż wykonawca ten żądanych wyjaśnień nie złożył i tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Tymczasem Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy PBD – pomimo, że złożone wyjaśnienia jako nieprecyzyjne, ogólnikowe i oparte o hipotetyczne założenia – nie zdołały obalić domniemania rażąco niskiej ceny.

Po trzecie, Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca PBD - chcąc obalić domniemanie rażąco niskiej ceny - winien złożyć wiarygodne dowody na potwierdzenie swojej ceny. Zarówno potencjał wykonawcy, jak i poszczególne koszty składowe, winny być udowodnione wiarygodnymi dowodami – a co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Nie ulega wątpliwości, że złożenie szeregu zapewnień przez wykonawcę PBD – w ramach formułowanych wyjaśnień RNC – nie stanowi asumptu do przyjęcia, iż nałożony przez Zamawiającego obowiązek został przez wykonawcę należycie wykonany. Odwołując powołał się na wyrok z dnia 30 maja 2018 r. o sygn. akt XXIII Ga 255/18 oraz wyrok KIO z dnia 22 maja 2019 r. sygn. KIO 809/19.

Odwołujący wskazał, że w przypadku kosztorysowego sposobu rozliczenia każda z oferowanych cen jednostkowych będąca podstawą do rozliczeń musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do jej wykonania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, a także musi być realna, wiarygodna i poprawnie obliczona. Zamawiający zatem zobowiązany jest, w toku procedury badania i oceny ofert, oceniać nie tylko cenę ogółem, ale także każdą cenę jednostkową za zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte prawem opcji jako cenę do zapłaty w kategorii rażąco niskiej ceny. Nadto, nie można czynić oszczędności w ramach jednej pozycji kontraktu poprzez ujęcie kosztów w innej pozycji kontraktu, każda z pozycji musi posiadać skalkulowanie pełnych kosztów realizacji. Tymczasem sam Wykonawca PBD nie jest w stanie wskazać, co wchodzi w skład ceny jednostkowej składającej się na cenę w danej pozycji (czy też jak je wycenić – na co sam wskazuje), a dalej na cenę oferty – to rodzi się pytanie, w jaki to sposób miały to ustalić Zamawiający.

III. Brak zgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że oferta PBD winna zostać odrzucona również jako niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta PBD jest niezgodna z warunkami odnoszącymi się do sposobu kalkulacji ceny (co wynika również z faktu, że Wykonawca sam potwierdza brak dokładności swoich kalkulacji i rzekomy brak możliwości skalkulowania kosztów). W takiej sytuacji nie sposób przyjmować, by cena za jednostkę Wykonawcy PBD obejmowała wszystkie składniki kosztów i innych czynności opisanych w SST. Zdaniem Odwołującego, nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania, a co powinno prowadzić do odrzucenia oferty – a brak takiego odrzucenia stanowi o naruszeniu Zamawiającego. Analiza SWZ i postanowień umownych oraz złożonej oferty wraz z wyjaśnieniami, prowadzi do wniosku, że Oferta PBD jest niezgodna z warunkami zamówienia – na co poniżej wskazano.

Odnosząc się do zapisów warunków zamówienia, Odwołujący wskazał m.in. na następujące zapisy SWZ:

- Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót) (z SST IV), przy czym Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV (SWZ cz. I; 17.1.);
- Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy, oraz w pkt. 17.9 tomu I SWZ - IDW. (SWZ cz. I; 17.2.);
- Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie podane tam i opisane pozycje. (...) (SWZ cz. I; 17.3.);
- Cena Oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia (SWZ cz. I; 17.5.);

Co więcej, w Projektowanych Postanowieniach Umownych (PPU § 4 ust. 2, 5, 6) wskazano:

2. Rozliczenie Umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w TER, stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą, z zastrzeżeniem § 7 ust. 5.

5. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wartością wyliczoną w oparciu o przewidywane ilości prac i nie stanowi zobowiązania dla Zamawiającego do realizacji Umowy do tej wartości. Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że Wykonawcy nie przysługuje wobec Zamawiającego żadne roszczenie w przypadku nie osiągnięcia przez Wykonawcę wynagrodzenia w wysokości, o której mowa w ust. 1 z zastrzeżeniem § 24 ust. 6.
6. Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami określonymi w § 5, § 6 i § 7 niniejszej Umowy.

Reasumując powyższe, Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił, iż rozliczenie w ramach przedmiotowego zamówienia (w ramach pozycji będących przedmiotem wyjaśnień) odbywać się będzie według cen jednostkowych za poszczególne kategorie usług i prac. Wyraźnie zazaczył to w konstrukcji formularza ofertowego, jak i we wzorze umowy. Wezwanie do wyjaśnień kierowane do wykonawcy PBD również wskazywało na ceny jednostkowo – które to wykonawca winien był precyzyjnie skalkulować (na co wskazał Zamawiający również w wezwaniu do wyjaśnień).

Tymczasem, zdaniem Odwołującego, Wykonawca PBD w treści odpowiedzi na wezwanie wskazał, że „nie może precyzyjnie skalkulować kosztów robocizny i sprzętu dla poszczególnych pozycji kosztorysowych” – co wprost wskazuje na niezgodność z ww. warunkami zamówienia, w szczególności z tym, że podawane ceny winny obejmować wszelkie koszty, a także inne czynności opisane w SST. Wykonawca obliczając cenę musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie podane tam i opisane pozycje – co wynika wprost z ww. warunków zamówienia. Ponadto, przyznanie przez Wykonawcę PBD, iż dokonał nieprecyzyjnej wyceny oznacza, że wykonawca ten również liczy się z możliwością konieczności poniesienia kosztów ponad uzyskane wynagrodzenie. Taka sytuacja oznaczać natomiast może, iż zamówienie z przyczyn braku środków nie będzie mogło zostać wykonane, a Zamawiającemu z pewnością zawsze zależy, by przedstawiona oferta była realna i wykonalna.

Odwołujący podkreślił, że istotnym jest, iż mamy tu do czynienia z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i głównym celem takiego, a nie innego sformułowania ofert było uzyskanie tego zamówienia. Nadto, przyznanie przez Wykonawcę, iż przedstawia on wyjaśnienia „w miarę możliwości” (cyt. z wyjaśnień Wykonawcy PBD) potwierdza jedynie prawidłowość odrzucenia takiej oferty. Skoro Wykonawca PBD nie jest w stanie skalkulować kosztów, to taka sytuacja może oznaczać, iż z przyczyn braku środków zamówienie – nie będzie mogło zostać wykonane. Odwołujący powołał się na orzecznictwo np. wyrok KIO z

9.09.2021 r., KIO 2520/21, LEX nr 3335139. I tak, Wykonawca PBD de facto nie uwzględnił wszystkich niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia kosztów.

Z analogiczną sytuacją, polegającą na ominięciu pewnego zakresu świadczenia czy zaoferowania odmiennego zakresu, mamy do czynienia w niniejszej sprawie, tj. cena ofertowa zaproponowana przez Wykonawcę PBD nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia. Podkreślić trzeba, że Zamawiający wprost określił, że cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów, a także inne czynności opisane w SST.

Zdaniem Odwołującego absurdalnym byłoby przyjęcie, że wykonawca – działający w ramach prawa zamówień publicznych – może wskazywać w wyjaśnieniach na brak precyzji i by taki brak dokładności akceptował Zamawiający. Na marginesie – niezależnie od ww. przyznania dotyczącego braku precyzyjności przy kalkulacji – Odwołujący wskazał, że niezrozumiałe jest tutaj tłumaczenie Wykonawcy PBD, że jego brak precyzji wynika „z uwagi na brak jednoznacznie określonych zakresów robót”. Jak wyżej wskazano, wykonawca był obowiązany precyzyjnie określić ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych. Z samego kosztorysowego charakteru umowy wynika, że ilość może się zmienić, a wtedy również proporcjonalnie do zleconej ilości wynagrodzenie. Tłumaczenie Wykonawcy PBD jest zatem nieadekwatne do samego charakteru wynagrodzenia. Odwołujący powołał się wyrok KIO z 20.12.2021 r., KIO 3555/21, LEX nr 3285537 oraz wyrok KIO z 30.07.2021 r., KIO 1904/21.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze powyższe, uzasadnionym było zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Wynika to przede wszystkim z faktu merytorycznej (materialnej) wadliwości i niezgodności oferty w relacji do oczekiwań zamawiającego wyrażonych w warunkach zamówienia, w szczególności ww. zapisy. Wykonawca PBD złożył ofertę, z treści której nie wynika zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami z dokumentacji postępowania. W szczególności z uwagi na niezgodność z wyżej cytowanymi zapisami odnoszącymi się do sposobu obliczania ceny, oferta winna zostać odrzucona, jako wypełniająca hipotezę przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Nadto, z powodu wady oferty zamawiający nie będzie w stanie ustalić de facto co zostało w niej zawarte.

IV. Naruszenie prawa konkurencji

Niezależnie od powyższych podstaw odrzucenia oferty, w ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie poprzez przyznanie wprost, że Wykonawca PBD nie skalkulował precyzyjnie kosztów, Wykonawca potwierdził niezgodność z kluczowymi warunkami zamówienia, a co

skutkuje również złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Przy czym nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania czy też podawanie w treści wyjaśnień informacji w sposób niedbały (co świadczy również o naruszeniu dobrych obyczajów).

Odwołujący wskazał, że z warunków zamówienia wynika (w szczególności zapis 17.3 SWZ), że Zamawiający zakazał ujęcia ceny danej pozycji w innych pozycjach, a co oznacza, iż przewidziano, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami czy też przekroczenie określonych w TER limitów skutkować będzie odrzuceniem oferty (która to interpretacja tożsamego zapisu SWZ wynika z wyroku SO w Warszawie z 22.03.2022 r., XXIII Zs 9/22, LEX nr 3433339). Sąd Okręgowy stoi tu na stanowisku, iż takie zachowanie wykonawcy jest niezgodne z warunkami zamówienia, które sformułował również Zamawiający. Przyjmując bowiem nawet, iż w pkt 17.3 SWZ posłużono się pojęciem cena "powinna" obejmować całkowity koszt, to pkt 17.2 zawiera już sformułowanie nie budzące wątpliwości, tj. nakaz, iż wykonawca "musi" przy obliczaniu ceny uwzględniać wszystkie pozycje opisane w TER. Ten nakaz stanowił zatem podstawę wykładni postanowień SWZ oraz podstawę oceny prawidłowości oferty. Wykonawca PBD podaje, że „nie można precyzyjnie skalkulować kosztów”, dalej „kosztów materiałów nie można dokładnie określić”. Co więcej, dalej wskazuje, że przedstawiane wyjaśnienia ujmują wyjaśnienie sposobu kalkulacji „w miarę możliwości”.

W ocenie Odwołującego, brak precyzyjnej kalkulacji oznacza, że Wykonawca PBD zakłada, że w trakcie realizacji zamówienia, możliwe będzie przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami czy też przekroczenie określonych w tabelach elementów rozliczeniowych kwot – a co winno skutkować będzie odrzuceniem oferty. Nadto, samo złożenie wyjaśnień w sposób niedbały stanowiło działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, zmierzające do uzyskania zamówienia i nieuczciwego wyeliminowania konkurencji (co również zagraża interesowi Zamawiającego związanego z realizacją całego przedmiotu zamówienia).

Wykonawca PBD, który niedbale przekazał Zamawiającemu informacje (co sam przyznał), dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert, dopuścił się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która traci wówczas szansę na uzyskanie zamówienia. Działanie Wykonawcy PBD naruszało interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mieli utrudniony dostęp do zamówienia, jak również samego

Zamawiającego, narażając na nieprawidłowe czy też niewykonanie całego przedmiotu umowy. Takie działanie w sposób oczywisty prowadzi do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu cały system zamówień publicznych, a także ewidentnie narusza interes innych wykonawców oraz zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 3.12.2015 r., KIO 2553/15, LEX nr 1978069.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że wykonawcy nie są uprawnieni do przerzucania części kosztów realizacji zadania do kosztów realizacji innych umów, podobnie jak niedozwolone jest pokrywanie strat wynikających z zaniżenia ceny zyskami z kontraktów realizowanych na rzecz innych podmiotów. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, brak precyzyjnej kalkulacji (na co wskazuje Wykonawca PBD) oznacza, że dopuszcza on w trakcie realizacji zamówienia, przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami czy też przekroczenie podanych cen jednostkowych – w zależności od okoliczności (co również potwierdza brak rynkowości cen). Praktyki takie często kwalifikowane są jako przykłady czynów nieuczciwej konkurencji. Są one również dowodami na zaoferowanie rażąco niskiej ceny (zob. wyrok KIO z 21.02.2022 r., KIO 337/22, LEX nr 3367843).

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca całorocznym kompleksowym (letnie i zimowe) utrzymaniu dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu o długości 139,6 km. Usługa obejmuje wykonywanie prac całorocznego, w tym zimowego i bieżącego utrzymania dróg, w szczególności: utrzymania nawierzchni dróg, utrzymania poboczy i pasów rozdziału, utrzymania korpusu drogi, utrzymania odwodnienia, utrzymania chodników i ścieżek rowerowych, utrzymania oznakowania, utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu, utrzymania estetyki znaków, elementów bezpieczeństwa ruchu oraz pasa drogowego, utrzymania urządzeń wspomagających, zimowego utrzymania dróg, zarządzania Kontraktem, utrzymania czystości na obiektach inżynierskich. prace pomocnicze Zakres i sposób wykonywania usługi określono w dokumentach: istotnych warunkach umowy - opis przedmiotu zamówienia (OPZ), specyfikacjach technicznych (SST).

Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania przedmiotu Umowy w okresie od dnia 01.04.2023 roku do dnia 01.06.2026 roku. Jeżeli umowa zostanie podpisana po dniu 01.04.2023 roku to będzie ona obowiązywać od dnia zawarcia Umowy do dnia 01.06.2026 roku przy czym, maksymalny łączny okres obowiązywania Umowy, wraz z prawem opcji, o którym mowa w § 1 ust. 8 umowy, nie może przekroczyć 48 miesięcy.

Izba ustaliła, że w Rozdziale XVII SWZ Zamawiający określił sposób obliczenia ceny w następujący sposób:

17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY

- 17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV.
- 17.2. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy, oraz w pkt. 17.9 tomu I SWZ - IDW.
- 17.3. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy Pzp.
- 17.4. Wykonawca powinien wyliczyć cenę Oferty brutto, tj. wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości przewidzianej ustawowo.
- 17.5. Cena Oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia.
- 17.6. Ceny ryczałtowe określone przez Wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia.
- 17.8. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w kosztorysie ofertowym, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w kosztorysach ofertowych.
- 17.9. Wartość netto dla Grupy 11 (Zarządzania Kontraktem) nie może wynosić więcej niż 12% łącznych cen netto Grup 1 do 10 i Grupy 12. Jeśli wartość ta zostanie przekroczona Zamawiający odrzuci ofertę, jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 2 Zamawiający przekazał Kosztorys ofertowy – Zbiorcze zestawienie kosztów. Zamawiający wyszczególnił 13 grup prac, wymagając podania przez wykonawcę wartości brutto i netto prac. Dla każdej grupy prac Zamawiający przygotował Tabele Elementów Rozliczeniowych wymagając od wykonawcy podania ceny jednostkowej za wyszczególnione prace. Zamawiający wskazał w tabelach przewidywany zakres prac.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 24 listopada 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy PBD o złożenie wyjaśnień. Zamawiający wskazał: wzywamy do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych i wykazanie w szczególności: 1. w oparciu o dokumenty oraz obliczenia w jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować, uwzględniając wymagania opisu przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami, oraz projektowanych postanowień umowy, a także specyfikacji technicznych, wyszczególnione poniżej pozycje kosztorysu ofertowego w ramach zadeklarowanych w Ofercie cen jednostkowych; 2. zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 3. zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W treści wezwania wskazano na poszczególne pozycje grupy: 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 12. Jednocześnie Zamawiający wskazał: Powyższe należy wykazać również poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji wyszczególnionych powyżej pozycji kosztorysu ofertowego i załączenie dowodów na potwierdzenie tych wyliczeń.

Izba ustaliła, że wykonawca PBD pismem z dnia 9 grudnia 2022 r. złożył wyjaśnienia. Wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2023 r. odtajnił uzasadnienia złożone przez Wykonawcę PBD w zakresie wykazania przesłanek dających podstawę do zastrzeżenia treści wyjaśnień jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz część ogólną wyjaśnień (2 pierwsze strony z pisma datowanego na 9 grudnia 2022 r.). W odtajnionej części ogólnej wyjaśnień, Izba ustaliła, że Wykonawca PBD przywołał ogólne czynności, które w jego ocenie pozwoliły mu na skalkulowanie cen jednostkowych w kosztorysie. Część szczegółowa wyjaśnień, zawierająca sposób wyliczenia cen jednostkowych i uzasadnienia przyjętych założeń nie została odtajniona przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2023 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz ul. Noskowska 3-5, 62 – 800 Kalisz (z ceną brutto: 59.176.230,43 zł - zakres podstawowy). Na drugim miejscu w zestawieniu złożonych ofert uplasowała się oferta Odwołującego, natomiast trzecia w kolejności była oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się częściowe zasadne.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), dalej jako „UZNK” w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut jest zasadny.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba podkreśla, że zasada jawności to fundamentalna zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2), przy czym wykładnia tego przepisu powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zatem wyłącznie czy ograniczenie jawności postępowania przetargowego powinno być interpretowane zawężająco i

rygorystycznie. Problem nieuprawnionego i niezasadnego zastrzegania przez wykonawców dokumentów ofertowych poprzez powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi istotny element systemu zamówień publicznych. Narzędzie to bowiem wielokrotnie jest wykorzystywane przez wykonawców jako sposób do uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania zweryfikowania prawidłowości złożonych dokumentów. Takie działanie nie może być aprobowane. Realizacja zadań publicznych przejawiająca się m.in. w dysponowaniu środkami publicznymi, wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy i umożliwienia jak najpełniejszej weryfikacji składanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów.

Wskazać dalej należy, że w dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych, a tym bardziej gdy ich utajnienie służy wyłącznie uniemożliwieniu zweryfikowania prawidłowości wyceny kosztów realizacji konkretnych zamówień. Stąd

właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

Należy również wskazać, że ustawodawca w art. 18 ust. 3 nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa obowiązek wykazania, iż spełnione są przesłanki uzasadniające takie zastrzeżenia. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 UZNK. Rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał poprzez wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 UZNK czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarczy zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny,

handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą. Wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację objętą ochroną. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Dopuszczalne są sytuacje kiedy nie da się określić w sposób jednoznaczny wartości finansowej określonej informacji np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas przedsiębiorca powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie wymaga wykazania określonej kwotowo wartości zastrzeżonej informacji, irrelevantne z punktu widzenia zasadności zastrzeżenia jest wykazanie czy jej wartość jest wysoka czy niska. Istotne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać po pierwsze, że Izba dokonuje w postępowaniu odwoławczym oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, jej zgodności z przepisami prawa i postanowieniami SWZ. W kontekście omawianego zarzutu, Izba weryfikuje czynność Zamawiającego polegającą na ocenie zasadności zastrzeżenia przez Wykonawcę PBD treści wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W tym zakresie Izba wskazuje, że aktach postępowania przetargowego nie znajduje się żaden dokument zawierający analizę dokonaną przez Zamawiającego w zakresie prawidłowości zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy. Pismo skierowane do Wykonawcy PBD w dniu 3 lutego 2023 r. nie stanowi merytorycznej analizy zasadności zastrzeżenia przez Wykonawcę PBD wyjaśnień. W piśmie tym Zamawiający co prawda powołał się na dokonaną analizę dokumentów zastrzeżonych przez Wykonawcę PBD i w związku z tym odtajnił ich część, ale poza przywołaniem podstaw prawnych swojej decyzji Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego nie odtajnił pozostałych dokumentów i uznał – jak należy się domyślać – że informacje te stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Również zdaniem Izby uzasadnienie decyzji Zamawiającego w zakresie przyczyn odtajnienia niewielkiej części wyjaśnień Wykonawcy PBD jest niewystraszające. Sprowadza się ono do stwierdzenia, że Zamawiający postanowił odtajnić określony zakres informacji. Jaka konkretnie analiza Zamawiającego legła u podstaw tej decyzji nie zostało wyjaśnione w/w piśmie. Skutkuje to tym, że Izba nie zna szczegółów decyzji Zamawiającego w zakresie wykazania przez Wykonawcę PBD przesłanek koniecznych do zastrzeżenia treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby, czynność Zamawiającego w zakresie badania zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może odbywać bez jej udokumentowania w dokumentacji postępowania przetargowego. Na pytanie Izby w trakcie rozprawy, w jaki sposób analiza była przeprowadzona przez Zamawiającego, Zamawiający wyjaśnił, że były sporządzone notatki wewnętrzne, ale nie stanowią one części dokumentacji postępowania przetargowego. Izba zauważa, że czynność odtajnienia czy czynność utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do określonych informacji/dokumentów winna zawsze mieć odzwierciedlenie w aktach postępowania przetargowego i zawierać uzasadnienie. Stanowi to substrat zaskarżenia dla poszczególnych wykonawców. Jej brak uniemożliwia wykonawcom dokonania analizy poprawności decyzji Zamawiającego i ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Oczywiście, pośrednio można wywieść i argumentować, że Zamawiający zgadza się z uzasadnieniem przedstawionym z wykonawcą i w związku z tym utrzymuje zasadność zastrzeżenia informacji. Nawet gdyby przyjąć tak wąski zakres wymagania wobec Zamawiającego, to taka decyzja powinna być również elementem dokumentacji postępowania. Izba jednakże podkreśla, że Zamawiający samodzielnie ocenia wykazanie przez wykonawcę przesłanek koniecznych do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i czynność ta nie powinna ograniczać się do biernego przyjęcia stanowiska wykonawcy. W analizowanym stanie faktycznym, wobec braku uzasadnienia i analizy ze strony Zamawiającego treści złożonego przez Wykonawcę PBD uzasadnienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, przedmiotem oceny Izby jest czynność Zamawiającego polegająca na zaaprobowaniu tego uzasadnienia. Należy bowiem uznać, że Zamawiający przyjął argumentację wykonawcy jako argumentację własną i uznał ją za prawidłową i wystarczającą. Izba uznała, że Zamawiający postąpił nieprawidłowo. W uzasadnieniu przekazanym przez Wykonawcę PBD nie zostały wykazane przesłanki uzasadniające uznanie treści wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby z treści uzasadnienia nie wynika, że ziszczyły się wszystkie przesłanki, które decydują o możliwości zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej dla każdej z zastrzeganych

przez siebie informacji, względnie wartości gospodarczej wyjaśnień jako jednego dokumentu. Zdaniem Izby obowiązek „wykazania” nie może być utożsamiony z deklaracją wykonawcy co do spełnienia koniecznych przesłanek warunkujących zasadne zastrzeżenie informacji.

Izba stwierdziła, że argumentacja zawarta w przedmiotowym piśmie jest ogólna, w dużej części opiera się o generalne twierdzenia o istotnym znaczeniu zastrzeżonych informacji, ich poufnym charakterze, możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę w przypadku jej ujawnienia.

Odnosząc się do wartości gospodarczej, Wykonawca PBD wskazał: (...) *Zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez PBD S.A. Kalisz. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na oferowaną cenę. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez PBD S.A. Kalisz szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.* Izba wskazuje, że sposób wyceny realizacji zamówienia został określony w SWZ oraz w załącznikach do SWZ. Zamawiający wyszczególnił 13 grup prac, które będą realizowane w ramach postępowania. Wykonawca miał wskazać ceny jednostkowe. Wykonawca wyceniał poszczególne pozycje stosownie do swojego doświadczenia, posiadanej zaplecza sprzętowego, swoich indywidualnych uwarunkowań. Sposób zaś wykonania zamówienia, w tym wymagań i obowiązujących standardów w zakresie utrzymania dróg został opisany przez Zamawiającego w SWZ. Wykonawca PBD w żaden sposób nie wyjaśnił nawet w jaki sposób dokonana przez niego wycena pozycji jednostkowych mogłaby być wykorzystana przez innego wykonawcę, narażając go na ryzyko poniesienia jakichś bliżej określonych strat finansowych. Podkreślić należy, że jest to wycena dokonywana pod konkretne uwarunkowania wykonawcy, w tym konkretnym postępowaniu. Co więcej, nie ma żadnej pewności, iż jest to wycena prawidłowa. Trudno zatem racjonalnie przyjąć, że ujawnianie takiej wyceny może być wykorzystane przez innego wykonawcę, w innym postępowaniu. Każdy z wykonawców ma swoje indywidualne uwarunkowania, kieruje się swoimi zasobami technicznymi, finansowymi czy osobowymi. Zatem argumentowanie, że w jakiś magiczny sposób inni wykonawcy skorzystają w wycenie dokonanej przez Wykonawcę PBD w tym postępowaniu Izba uznaje za gołosłowne i niepotwierdzające wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Izba podkreśla, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, materiały, sprzęt czy pracowników, przy czym nie jest informacją poufną, że również każdy z wykonawców dąży do obniżenia ceny, aby

ostatecznie uzyskać zamówienie. To naturalny aspekt działalności gospodarczej. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów.

Ponadto, z postanowień SWZ nie wynika w żaden sposób, że wykonawcy dokonując wyceny mieli zaproponować jakiś swój wyjątkowy i unikalny sposób realizacji zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest standardowe utrzymanie dróg. Standardy te zostały określone przez Zamawiającego. Każdy z wykonawców wycenia koszt ich realizacji. Argumentowanie, iż ta wycena jest unikalnym dziełem (know – how) wykonawcy podlegającym ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa wypacza istocie jawności postępowania przetargowego. Nagminne zastrzeżenia przez wykonawców wyliczeń kosztów realizacji zamówienia powoduje brak przejrzystości w procesie zamówieniowym, a to rodzi ryzyko naruszenie uczciwej konkurencji.

Dalej Wykonawca PBD wskazał, że (...) *treść wyjaśnień zawiera informacje, które posiadają dla PBD S.A. Kalisz wartość gospodarczą, zaś nie były wcześniej ujawniane, gdyż dotyczą rozwiązania przygotowanego dla potrzeb konkretnego zamówienia lub też stanowią informacje poufne podlegające każdorazowemu zastrzeżeniu ich jawności w sytuacji udostępniania jakiegokolwiek podmiotowi trzeciemu*". Zdaniem Izby z powyższych twierdzeń wykonawcy wynika po pierwsze, że wykonawca przygotował wyjaśnienia wyłącznie na potrzeby tego konkretnego postępowania i nie uzasadnił w żaden sposób jak inny wykonawca miałby wykorzystać zastrzeżone informacji poza ramami tego konkretnego postępowania. Po drugie, Wykonawca PBD błędnie upatruje wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji w fakcie ich utajnienia. Jak Izba wskazała powyżej, wartość gospodarcza informacji musi mieć charakter obiektywny, kwantyfikowany. Wykonawca PBD upatruje zaś wartości gospodarczej informacji w jej poufnym charakterze, który został przypisany takiej informacji wyłącznie w wyniku subiektywnej decyzji wykonawcy. Takie postępowanie nie jest zasadne. Wykonawca musi w pierwszej kolejności wykazać obiektywną wartość gospodarczą, a dopiero wykazanie takiej obiektywnej wartości uprawnia go do nadania jej klauzuli poufności. Wykonawca PBD nadaje klauzulę poufności i tym uzasadnia wartość gospodarczą informacji. Gdyby dopuścić możliwość takiego działania, każda informacja mogłaby być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez nadanie jej przez wykonawcę klauzuli poufności, bez wykazywania obiektywnej wartości gospodarczej.

Odnosząc się to twierdzeń Wykonawcy PBD „(...) *Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes PBD S.A. Kalisz związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym,*

wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurencyjnego wyprzedzania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności związanych z szacowaniem ceny właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how PBD S.A. Kalisz w tym zakresie wpływa korzystnie na możliwość obniżenia ceny, sprawną i należytą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu wykonawcy”, to zdaniem Izby właśnie działania Wykonawcy PBD są przejawem nieuczciwej konkurencji. Możliwość realnego i uczciwego konkurencyjnego wyprzedzania się o udzielenie innych zamówień publicznych jest związana z realizacją zasady jawności. Zasada ta umożliwia innym wykonawcom kontrolowanie i weryfikację działań wykonawców jak i Zamawiającego. W analizowanym stanie faktycznym doszło do naruszenia tej zasady, bez wykazania podstaw prawnych do jej ograniczenia. Ponadto Izba wskazuje, że wykonawca nie wyjaśnił do jakiego „know – how” referuje, gdzie został opisany ten know – how w treści złożonych wyjaśnień, dlaczego ma on jakiś wyjątkowy charakter zasługujący na ochronę, w czym przejawia się specyficzny proces wyceny jaki rzekomo Wykonawca PBD zastosował w tym postępowaniu i którego ujawnienia mogłoby być potencjalnie wykorzystane przez innych wykonawców, w innych postępowaniach. Trudno nawet odnieść się do ogólnych i gołosłownych stwierdzeń Wykonawcy PBD w sposób merytoryczny. Obowiązkiem wykonawcy było wskazanie w uzasadnieniu na jakiej stronie wyjaśnień została opisana metodologia wyceny zamówienia, dlaczego ma ona obiektywną wartość gospodarczą, co wyróżnia ją od standardowych wycen stosowanych na rynku. Trudno przypisać wartość gospodarczą ogólnym stwierdzeniem wykonawcy, że w danej pozycji uwzględnił wszystkie wymagane koszty, w tym koszty pracy, robocizny, dojazdów, a przyjęta wycena nie obiega od wartości rynkowych.

Również stwierdzenie Wykonawcy PBD, że (...) w odniesieniu do informacji o sposobie wyceny, kalkulacji i wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty – jest to know-how PBD, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez PBD S.A. Kalisz. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty PBD S.A. Kalisz w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym – może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez PBD S.A. Kalisz w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez wykonawcę zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena. Do czynników istotnych ze względu na kalkulację ceny ofertowej,

należą też informacje o charakterze handlowym, dotyczące danych kontrahentów, zakresu i zasad współpracy oraz uzyskiwanych od nich cen” w żaden sposób nie stanowi potwierdzenia, że informacje zastrzeżone przez Wykonawcę PBD można zakwalifikować jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Na jakie metody i procedury Wykonawca PBD się powołuje pozostaje tajemnicą dla Izby. Również stwierdzenie o rzekomej „dedukcji poziomu ceny” jakie wykonawca PBD mógłby zaoferować w innych postępowaniach nic nie wnosi do sprawy. Wykonawca PBD nawet nie podjął próby wyjaśnienia jak miałyby to nastąpić, skoro każde postępowanie ma swoje własne uwarunkowania, odrębną SWZ, OPZ, a ponadto wycena w innych postępowaniach będzie zależna od uwarunkowań wykonawcy na moment składania oferty. Koszty jakie wykonawca wylicza na potrzeby tego konkretnego postępowania mogą być w całości nieaktualne na potrzeby kolejnych postępowań, z uwagi na zmienność sytuacji gospodarczej. Nie jest również jasne dla Izby w jaki sposób pozyskanie wiedzy przez innych wykonawców o wysokości ceny za olej napędowy, szacowane koszty wymiany słupka czy frezowania jaki planuje zapłacić Wykonawca PBD wpłynie na szansę uzyskania przez Wykonawcę PBD innego zamówienia w przyszłości. Konkurencja na rynku zamówień publicznych polega na jawności cen jakie wykonawca oferuje za realizację zamówienia. Na cenę składają się elementy wyszczególnione przez Zamawiającego w Tabeli elementów rozliczeniowych. Aby wykonawcy mogli realnie konkurować pomiędzy sobą informacje dotyczące przyjętego sposobu wyceny muszą być jawne. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, jawność ceny pozostawałaby wyłącznie iluzoryczna. W organicznym zakresie może podlegać ochronie przyjęta metodologia wyceny zastosowana przez wykonawcę. Jednakże to obowiązkiem wykonawcy jest opisanie takiej metodologii, wyjaśnienie jej obiektywnej wartości gospodarczej, wykazanie jej istotnego znaczenia z punktu widzenia działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę. Z całą pewnością takich okoliczności Wykonawca PBD nie wykazał.

W końcu odnosząc się do stwierdzenia, że (...) Należy wskazać, iż nawet jeśli pojedyncze informacje są jawne, to nie ulega wątpliwości, że jako opracowany zbiór informacji, stanowiący jedną całość oraz zaprezentowany w kontekście kalkulacji ceny stanowi tajemnicę o charakterze organizacyjnym oraz ma istotną wartość dla PBD S.A. Kalisz, Izba wskazuje, że wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość pisma. W dalszej części oświadcza jednak, że część tych informacji może publicznie dostępna, ochronie podlegają ze względu na ich szczególne zestawienie. Co ważne, Wykonawca PBD nie identyfikuje w żaden sposób jaka część zastrzeżonych informacji jest publicznie dostępna. Można nawet wywieść, że Wykonawca PBD nie wie, które informacje zawarte w wyjaśnieniach są publicznie dostępne. Zdaniem Izby, nieuprawnione jest twierdzenie Wykonawcy PBD, że określony, bliżej niezidentyfikowany zakres informacji z wyjaśnień

podlega ochronie tylko dlatego, że rzekomo jest w szczególnym zestawieniu z innymi informacjami z tego względu podlega ochronie. Sam fakt zamieszczenia jawnych informacji w dokumencie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich informacji poufnymi. Takie stanowisko prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Uzasadnione byłoby zastrzeżenie każdej informacji, niezależnie czy jawnej czy poufnej tylko przez sam fakt zamieszczenia jej w wyjaśnieniach. To zdaniem Izby jest niedopuszczalne. Zdaniem Izby Wykonawca PBD powinien określić i zidentyfikować, które informacje w wyjaśnieniach są poufne, a które jawne. Mając taką wiedzę można dopiero określić, czy objęcie zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa informacji jawnych jest zasadne ze względu na ich szczególne znaczenie w procesie kalkulacji ceny. Wykonawca PBS jednakże nie robi w tym zakresie nic, po raz kolejny jego stanowisko ogranicza się do ogólnych twierdzeń i przywołania orzecznictwa, bez odniesienia do konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach. Zgodzić się należy z Wykonawcą PBD, że być może żaden z konkurentów nie miał dostępu do wyjaśnień jako zbioru określonych informacji, ale okoliczność ta sama w sobie nie uzasadnia uznania całego dokumentu wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to możliwość zastrzegania przez wykonawców wszelkich informacji w drodze czynności kwalifikowanej poprzez zamieszczenie klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa”. Oczywiście ochronie może podlegać szczególne zestawienie elementów informacji, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie, tyle tylko, że na wykonawcy spoczywa wówczas obowiązek wykazania, obiektywnej wartości gospodarczej takiego zestawienia. Innymi słowy, Wykonawca PBD musiałby wykazać, że wyjaśnienia stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych (przy czym Izba stoi na stanowisku, że wykonawca musi zidentyfikować jakie informacje mają charakter jawny i poufny), są autorskim rozwiązaniem wykonawcy stosowanym przy wycenie zamówień publicznych, które może być wykorzystywane w innych postępowaniach przez konkurencję, a tym samym powodować jakieś określone straty ekonomiczne po stronie wykonawcy. Takich jednak okoliczności Wykonawca PBD nie wykazał. Zdaniem Izby treść wyjaśnień wykonawcy to w zasadniczej części założenia i przewidywania co do okoliczności jakie mają wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia. Owe założenia mają charakter hipotetyczny, przyjęty na potrzeby danego postępowania i uwarunkowane wymaganiami danego postępowania przetargowego. Opis zaś ryzyk czy sposobu wyceny dokonany przez wykonawcę w wyjaśnieniach jest tak ogólny, dotyczy konkretnych uwarunkowań na odcinku dróg objętych tym konkretnym zamówieniem, zatem nie sposób uznać, iż ujawnienie takich informacji może narazić Wykonawcę PBD na szkodę czy utratę pozycji rynkowej. W istocie Wykonawca PBD w treści wyjaśnień nie wskazał jaką konkretnie przewagę mogliby uzyskać pozostali wykonawcy w związku z każdą informacją zawartą w wyjaśnieniach czy też ujawnieniem całości wyjaśnień.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki na gruncie art. 11 ust. 2 UZNK, stanowiącej o możliwości zakwalifikowania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile dany podmiot podjął działania w celu utrzymania ich w poufności, zaznaczyć należy, że ustawodawca w art. 11 ust 2 UZNK wymaga należytej staranności ze strony wykonawcy w procesie utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie chodzi więc o jakichkolwiek działania, ale o takie działania które można zakwalifikować jako adekwatne do realiów funkcjonowania danego wykonawcy. Działanie, które minimalizują ryzyko dostępu do informacji przez osoby nieupoważnione. W analizowanym stanie faktycznym, Wykonawca PBD, poza ogólnymi stwierdzeniami o szczególnej ochronie informacji poufnych w swoim przedsiębiorstwie, przedstawił wzór zobowiązania pracownika do zachowania informacji w poufności. Zdaniem Izby Wykonawca PBD nie wykazał w jaki szczególny sposób chroni przed dostępem poszczególnych osób te informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu. Wzór blankietowego oświadczenia nie jest dowodem podjęcia takiego działania, bowiem jest to tylko wzór. Nie ma żadnego dowodu, że ktokolwiek podpisał przedłożony dokument. Ponadto Izba wskazuje, że żaden z załączników załączonych do wyjaśnień, a pochodzący od podmiotów trzecich nie został opatrzony klauzulą poufności.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Wykonawca PBD nie wykazał podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia. Wykonawca PBD zaniechał chociażby zidentyfikowania grupy osób mających dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie wykazał jakie rzeczywiste środki bezpieczeństwa zostały podjęte w stosunku do tej grupy osób, w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Izba podkreśla, że w zasadniczej części wyjaśnienia Wykonawcy PBS dotyczą jego założeń co do realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia, w konkretnych warunkach określonych przez Zamawiającego w SWZ. Zdaniem Izby trudno przypisać takim założeniom obiektywną wartość gospodarczą wychodząca poza ramy tego konkretnego postępowania. Wykonawca PBS nie wykazał jaka jest obiektywna wartość poszczególnych informacji zastrzeżonych przez wykonawcę czy też całego dokumentu. Nie sposób też uznać, że inni wykonawcy będą opierać się w swojej działalności na założeniach Wykonawcy PBD co do wyceny przedmiotu zamówienia, które być może są błędne.

Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem

gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeżenie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Izba uznała zarzuty za niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy PBD pomimo niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia, w szczególności określonymi treścią SWZ odnoszącymi się do sposobu kalkulacji ceny. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertą niezgodną z warunkami zamówienia. Zasadność zarzutu musi zostać wykazana poprzez identyfikację oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie pozostających w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący upatrywał naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w przyjęciu przez Wykonawcę PBD nieprawidłowego sposobu kalkulacji ceny, opierając jego zasadność na jednym oświadczeniu Wykonawcy PBS: „nie można precyzyjnie skalkulować kosztów robocizny i

sprzętu dla poszczególnych pozycji kosztorysu". Odwołujący nie zanegował żadnej pozycji kosztorysu, a tym bardziej nie wykazał, że nie zostały w tych pozycjach ujęte koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Odwołujący nie mógł tego uczynić bowiem nie znał treści wyjaśnień Wykonawcy PBS. Zdaniem Izby nie ma żadnych podstaw do uznania zasadności zarzutu Odwołującego w oparciu o jedno zdanie Wykonawcy PBD, wyrwane z kontekstu całego dokumentu wyjaśnień przedłożonych Zamawiającemu. Niezgodność oferty z warunkiem zamówienia wymaga wykazania co konkretnie jest niezgodne z jasno określonymi postanowienia SWZ. Skoro zatem Odwołujący zarzuca, że Wykonawca PBD przyjął błędną metodą sposobu kalkulacji ceny, to okoliczność tę musiał wykazać. Innymi słowy Odwołujący winien wykazać, że Wykonawca PBD nie ujął w kosztach oferty wszystkich składników kosztów czy też nie wycenił wszystkich pozycji wymaganych przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym, ewentualnie, iż wycena ta jest niezgodna z zakresem wynikającym z postanowień SWZ. W Rozdziale 17 SWZ Zamawiający określił sposób obliczenia ceny. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w jakim zakresie kalkulacje przedłożone przez Wykonawcę PBD są niezgodne z wymaganiami z Rozdziału 17. Takich okoliczności nie mógł zwyczajnie wykazać, bowiem te kalkulacje nie były dostępne.

Odnosząc się do oświadczenia Wykonawcy PBD stanowiącego podstawę faktyczną omawianego zarzut, Izba wskazuje po pierwsze, że Wykonawca PBD złożył również w tym samym dokumencie oświadczenie, że uwzględnił wszystkie koszty wynikające z wymogów zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, przedmiaru, specyfikacji technicznej oraz pozostałe koszty mające wpływ na kompletność zamówienia. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób nieprawidłowości, nieprawdziwości tego oświadczenia Wykonawcy PBD. Po drugie, kwestionowane oświadczenia PBD nie może być interpretowane w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, jak i pozostałych informacji zawartych w wyjaśnieniach. Zdaniem Izby, Wykonawca PBD w zakwestionowanym przez Odwołującego oświadczeniu odniósł się do charakteru zamówienia i jego uwarunkowań, które przecież racjonalny wykonawca musi uwzględnić dokonując wyceny przedmiotu zamówienia. Wykonawca PBD wskazał, co wynika z postanowień SWZ oraz oświadczeń Zamawiającego, że nie jest znany jednoznacznie zakres robót składających się na zamówienie, a zatem słusznie przyjął, że finalny koszt robocizny nie jest znany. Zdaniem Izby w treści złożonych wyjaśnień Wykonawca PBD wyjaśnił z jakich przyczyn mogą ulec zmianie koszty realizacji poszczególnych pozycji kosztorysu i ogólne oświadczenie Wykonawcy PBD zakwestionowane przez Odwołującego musi być ocenione łącznie z oświadczeniami szczegółowymi zawartymi w treści wyjaśnień. Skoro jednak Odwołujący nie miał do nich dostępu, nie mogły one stanowić podstawy faktycznej zarzutu. Uznanie zaś zasadności zarzutu wyłącznie w oparciu o to jedno oświadczenie wykonawcy byłoby

nieuprawnione. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że przedmiotowe zamówienie obejmuje niemal sto czterdzieści kilometrów dróg krajowych, ma charakter głównie zleceńowy. Zamawiający określił część pozycji, które będą opłacane w sposób ryczałtowy co miesiąc, ale jednocześnie występuje też wiele pozycji, które będą zlecane w zależności do bieżących potrzeb. Katalog wszystkich robót i usług częściowych dla przedmiotowego kontraktu wynosi 431 pozycji. Rzeczywista ilość wykonywanych prac może być jednak dużo niższa lub wyższa, zależna od zdarzeń losowych i konieczności wykonania związanych z tym interwencji. Słusznie zatem przyjął Zamawiający, że oświadczenie PBD jest informacją, że niektóre pozycje muszą zawierać większy udział ryzyka przy wycenie (co znajduje odzwierciedlenie w kalkulacjach przedstawionych w zastrzeżonej części wyjaśnień dotyczących RNC).

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty Wykonawcy PBS z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp, należy wskazać, że zgodnie z art. 266 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W okolicznościach faktycznych omawianej sprawy w/w zarzuty nie znalazły potwierdzenia. Izba zauważa, że zarzuty zostały sformułowane wyłącznie w oparciu o hipotetyczne założenia Odwołującego oparte na jednym oświadczeniu Wykonawcy PBS zaczerpniętym z części jawnej wyjaśnień. Odwołujący nie mógł z oczywistych względów przedstawić argumentacji dotyczącej całości wyjaśnień Wykonawcy PBD z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie ulega wątpliwości, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny to zarzut, którego podstawa faktyczna musi zawierać w sobie m.in. wykazanie nieprawidłowości w wyliczeniu kosztów realizacji zamówienia. Tymczasem Odwołujący nie

zakwestionował żadnej pozycji z kosztorysu Wykonawcy PBD. Nie miał dostępu do merytorycznej wyliczeń wykonawcy, a zatem nie mógł skutecznie wykazać ewentualnej nieprawidłowości tych wyliczeń. Zdaniem Izby sformułowany przez Odwołującego zarzuty nie mają rzetelnej podstawy i jako takie są hipotetyczne, blankietowe. W art. 516 ust. 1 pkt 8) oraz 10) Ustawy Pzp ustawodawca określił warunki formalne odwołania, wśród których znajduje się m.in. obowiązek wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie tych okoliczności. Zdaniem Izby, Odwołujący nie znając treści wyjaśnień Wykonawcy PBD nie jest w stanie sformułować prawidłowo zarzutu, ani podać okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających ich zasadność. Z tych przyczyn zarzuty jak i uzasadnienie odwołania w tej części są jedynie hipotetyczne i nie mogą zostać uwzględnione przez Izbę.

Jak Izba wskazała powyżej, cały wywód Odwołującego dotyczący złożenia oferty przez Wykonawcę PBD zawierającej rażąco niską cenę został oparty w zasadzie o jedno zdanie zawierające ogólne stwierdzenia Wykonawcy PBD dotyczące niemożności precyzyjnego skalkulowania kosztów robocizny i sprzętu dla poszczególnych pozycji kosztorysowych. Jak Izba wyjaśniła powyżej w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z postanowieniami SWZ, treść oświadczenia Wykonawcy PBS musi być odczytywana w kontekście przedmiotu zamówienia i z uwzględnieniem całej treści wyjaśnień. Rzeczywista ilość wykonywanych prac może być jednak dużo niższa lub wyższa, zależna od zdarzeń losowych i konieczności wykonania związanych z tym interwencji. Stąd za słuszną należy uznać konstatację Zamawiającego, że przyjął przytoczone wyżej oświadczenie PBD jako informujące, że niektóre pozycje muszą zawierać większy udział ryzyka przy wycenie (co znajduje odzwierciedlenie w kalkulacjach przedstawionych w zastrzeżonej części wyjaśnień dotyczących RNC). W tym zakresie brak dostępu do treści wyjaśnień uniemożliwił Odwołującemu dokonanie całościowej oceny treści złożonych wyliczeń i wyjaśnień przez Wykonawcę PBD. Uwzględnienie zaś omawianych zarzutów na podstawie argumentacji zawartej w odwołaniu nie jest możliwe. W argumentacji tej brak jest rozwinięcia podstawy faktycznej zarzutów.

Również odnosząc się do zarzut błędnej oceny wyjaśnień Wykonawcy PBD dokonanej przez Zamawiającego, argumentacja Izba przedstawiona powyżej ma pełne odniesienie. Odwołujący nie mógł postawić w sposób prawidłowy zarzutu błędnej oceny wyjaśnień przez Zamawiającego, gdyż nie znał ich treści. Zarzut zawarty w odwołaniu opiera się na przytoczeniu orzecznictwa z zakresu omawianej tematyki i przywołaniu postanowień SWZ. Nie zawiera w sobie jednak żadnej merytorycznej oceny treści wyjaśnień, a tym bardziej Odwołujący nie wykazuje okoliczności faktycznych, które potwierdziłyby zasadność zarzutu.

Co prawda Odwołujący powołuje się na okoliczność, że indywidualne uwarunkowania dostępne Wykonawcy PBD opisane w części odtajnionej przez Zamawiającego mają charakter ogólny, zaś Wykonawca PBD nie wyjaśnił ich wpływu na realizację zamówienia, to jednak zdaniem Izby, właśnie argument Odwołującego jest na tyle ogólny, że nie może on stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu. Ogólne bowiem uwarunkowania Wykonawcy PBD muszą być czytane łącznie ze szczegółowymi obliczeniami dotyczącymi kosztów realizacji zamówienia, które nie były znane Odwołującemu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba wskazuje, że Odwołujący upatrywał zasadności naruszenia w/w przepisów prawa w tym, że Wykonawca PBD nie skalkulował precyzyjnie kosztów, Wykonawca PBS potwierdził niezgodność z kluczowymi warunkami zamówienia, a co skutkuje złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Skoro zatem Izba uznała powyżej, że Odwołujący nie wykazał okoliczności stanowiących podstawę faktyczną zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji tj. nie wykazał, aby w analizowanym stanie faktycznym Wykonawca PBD nieprecyzyjnie skalkulował koszty realizacji zamówienia, jak również nie wykazał niezgodności oferty z warunkami zamówienia, to nie ma podstaw do przypisania Wykonawca PBD czynu nieuczciwej konkurencji.

W uwagach końcowych, Izba odniesie się do stanowiska Wykonawcy PBD i wniosku o oddalenie odwołanie na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wykonawca PBD argumentował, że w przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołanie winno ulec oddaleniu z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania. Skoro bowiem Odwołujący w ramach niniejszego postępowania odwoławczego podniósł zarzut rażąco niskiej ceny i nieprawidłowej oceny treści wyjaśnień Wykonawcy PBD, to po odtajnieniu treści wyjaśnień nie będzie mógł podnieść po raz kolejny tego samego zarzutu, gdyż był on jest rozstrzygnięty przez Izbę. W tym zakresie, Izba wskazuje po pierwsze, że w ramach niniejszego postępowania nie jest władna rozstrzygać skuteczności ewentualnego przyszłego odwołania Odwołującego. Taka decyzja będzie podjęta przez konkretny skład orzekający Izby w przypadku, gdy odwołanie zostanie wniesione przez wykonawcę. Po drugie, stanowisko Izby odnosi się wyłącznie do wniosku Wykonawcy PBD o oddalenie odwołania z powodu braku wpływu na wynik postępowania. Zdaniem Izby odtajnienie treści wyjaśnień może mieć potencjalny wpływ na wynik postępowania. Wykonawca bowiem uzyska dostęp do całości wyjaśnień złożonych w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Na ich podstawie może ocenić czy doszło do naruszenia przepisów ustawy. Izba zauważa, że art. 528 ustawy Pzp statuujący przesłanki odrzucenia

odwołania stanowi m.in., że odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli Izba stwierdzi, że okoliczności podniesione w odwołaniu są wyłącznie takie same, jak okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie wcześniejszego odwołania. Ustawodawca formułując przesłanki odrzucenia odwołania wymaga, aby okoliczności podniesione w kolejnym odwołaniu były wyłącznie takie same jak okoliczność, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie wcześniejszego odwołania. Innymi słowy ustawodawca wymaga, aby pomiędzy okolicznościami faktycznymi i prawnymi w odwołaniach wnoszonych przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu zachodziła pełna tożsamość przedmiotowa. Zdaniem Izby, z uwagi na udostępnienie Odwołującego treści wyjaśnień nie można mówić o tożsamości faktycznej. Wykonawca dysponuje nowymi okolicznościami faktycznymi, które potencjalnie mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Uznanie przez Izbę, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania stanowiłoby niezasadne ograniczenie możliwości skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Odtajnienie treści wyjaśnień jest istotną okolicznością faktyczną w procesie oceny prawidłowości wyboru wykonawcy. Może ona mieć wpływ na ostateczny wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu (tj. tajemnicy przedsiębiorstwa) i niezasadne w zakresie jednego (tj. grupy zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny). Kosztami postępowania zatem obciążyła Zamawiającego i Odwołującego w proporcji 1/2 oraz 1/2, odpowiednio. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł., a odpowiada

do wysokości 9.300 zł 00 gr. Zatem zasadne było nakazanie Zamawiającemu dokonania zwrotu kosztów postępowania na rzecz Odwołującego w wysokości 9.300 zł 00 gr.

Przewodniczący: